



University of Groningen

Proeve ener theorie der denegatio actionis. Een onderzoek naar de positie van de magistraat in het Romeinse burgerlijke procesrecht

Zwalve, Willem Jans

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

1981

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Zwalve, W. J. (1981). Proeve ener theorie der denegatio actionis. Een onderzoek naar de positie van de magistraat in het Romeinse burgerlijke procesrecht. s.n.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

"Die *denegatio actionis* schafft" - sagt Kipp - "keine Rechtskraft, und das ist unbedingt richtig".

Diese Auffassung wird in der modernen Romanistik allgemein akzeptiert. Die Frage ist nur, ob sie so "unbedingt" richtig ist, wie Kipps Formulierung suggeriert.

Die Frage, ob mit der *denegatio actionis* eine Ausschlusswirkung verbunden war (und nur diese Frage ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung), ist seit Wlassak nicht mehr ernsthaft gestellt worden. Wlassak hat sie bekanntlich verneint und seine Auffassung ist noch immer herrschende Meinung. Der Grund für die Theorie Wlassaks, die der *denegatio actionis* jegliche Rechtskraft absprach, liegt in seinen Ansichten über die Herkunft des zivilrechtlichen Verfahrens. Wlassak war davon überzeugt, dass dieser Prozess sich aus einem in Laufe der Zeit verstaatlichten Schiedsverfahren entwickelt hatte. In engem Zusammenhang mit dieser Theorie über die Entstehung des Zivilverfahrens steht auch Wlassaks Auffassung über den Charakter und die Bedeutung der *litis contestatio*. Diese Auffassungen Wlassaks führten zu einer lebenslangen Polemik mit Keller und mit jedem, in dem er einen Kellerschüler zu erkennen glaubte.

Die Polemik zwischen Wlassak und Keller lässt sich auf einen einzigen Streitpunkt reduzieren: die Rolle des Magistrats im Prozess. In der Auffassung Kellers war diese ungemein wichtig, nach Wlassaks Ansicht von verhältnismässig geringer Bedeutung. Wlassak hielt die Dekrete, die der Magistrat im Laufe des Verfahrens *in iure* verkündete, für ziemlich unwichtig. Keller behauptete dagegen, sie seien von entscheidender Bedeutung gewesen. Während Keller im Handeln der Prozessgegner vor dem Magistrat (Kellers *litem contestari* im weiteren Sinne) die Vorbereitung für das definitive Dekret *IUDICIUM DO* sah, betrachtete Wlassak das selbe Dekret nur als die Vorbereitung für die *litis contestatio* der Parteien. Diese *litis contestatio* habe, so lautet die Ansicht Wlassaks, einen Vertrag enthalten, in dem jedes weitere Verfahren über die selbe Sache ausgeschlossen wurde. Das *agere de eadem re* sei also - nach immer in der Auffassung Wlassaks - eine zivilrechtliche Unmöglichkeit gewesen; das ursprüngliche, den Gegenstand des Verfahrens bildende subjektive Recht sei schliesslich durch diesen Vertrag verfallen (konsumiert worden), so dass das selbe Recht niemals wieder zum Gegenstand eines neuen Verfahrens werden könne. Diese Theorie Wlassaks führt jedoch zu Problemen. Wie kann man sie nämlich mit der Möglichkeit, eine Schuld *post litem contestatam* zu tilgen, vereinbaren? Diese Möglichkeit lässt sich schwerlich mit den Ansichten Wlassaks in Einklang bringen, ohne die Römer einer erheblichen Inkonsistenz in ihrem juristischen Denken zu beschuldigen. Für entscheidend halte ich auch den folgenden Einwand: im *iudicium imperio continens* wird das im Verfahren anhängige Schuldverhältnis nicht aufgehoben: "*tunc enim*" - sagt Gaius - "*nil minus obligatio durat*". Warum konnten die Parteien im *i. i. c.* keinen Vertrag abschliessen, der das den Gegenstand des Verfahrens bildende Schuldverhältnis aufhob? Kannte das *i. i. c.* etwa keine *litis contestatio*? Meiner Ansicht nach lässt sich Wlassaks Theorie über die privatrechtliche Konsumtion mittels der *litis contestatio* schwer verteidigen; sie wird dann auch in letzter Zeit immer mehr in Zweifel gezogen. Wenn die These, dass die Ausschlusswirkung auf einem Vertrag zwischen den Parteien beruhte, sich als unrichtig erweist, was

liegt, auch die wiederholte *actio in rem per sponsionem praeiudicalem* sei mittels einer *exceptio* verhindert worden. Bei sorgfältiger Betrachtung stellt sich jedoch heraus, dass Gaius ausschliesslich das Verfahren *per formulam petitoriam* ins Auge fasst, wenn er von der *actio in rem* spricht. Bei dieser Klage (d.h. die *actio in rem per formulam petitoriam*) wurde tatsächlich das *actum agere* durch Anwendung einer *exceptio* verhindert, was aber mit dem prätorischen Ursprung dieser Klage zu erklären ist. Es gibt jedoch keinen Grund zu der Annahme, dass dies auch für das Verfahren *per sponsionem praeiudicalem* gegolten habe, vor allem nicht, wenn man bedenkt, dass diese Prozessform - Gaius' eigener Definition zufolge - nicht als eine *actio in rem* bezeichnet werden kann. Das zweite Verfahren mittels einer *sponsio praeiudicialis* muss ausserdem vor den *Leges Juliae* auf jeden Fall *ipso iure* unmöglich gewesen sein, daran besteht nach Gaius 4,108 nicht der geringste Zweifel. So zeigt sich, dass die verschiedenen Arten, in denen die *ne bis in idem*-Regel im Formularprozess zur Anwendung gelangte, mit der historischen Entwicklung des *iudicium legitimum* erklärt werden kann. Nun ergibt sich jedoch die Frage, an welchem Punkt des Verfahrens die *ne bis in idem*-Regel wirksam wurde.

Es trat eine Ausschlusswirkung in Kraft, wenn der Magistrat die Prozessparteien an den *Judex* weiterverwiesen hatte. Fraglich ist jedoch, ob das die einzige Massnahme war, die die Wirkung der *ne bis in idem*-Regel auslöste.

Dass die Ausschlusswirkung eintrat, wenn der Magistrat den Fall an den *Judex* weitergab, zeigt sich in der Anwendung der *exceptio rei in iudicium deductae*. Mit Hilfe dieser *exceptio* konnten nämlich alle folgenden Verfahren in der dem *Judex* übergebenen Sache abgeschnitten werden. Dabei spielte es keine Rolle, ob der Prozess *apud iudicem* mit einem Urteil endete oder nicht. Man könnte also denken, dass die *exceptio rei in iudicium deductae* das einzige Rechtsmittel sei, um das *actum agere* zu verhindern (abgesehen natürlich von den Fällen, in denen das bereits *ipso iure* ausgeschlossen war). Es zeigt sich jedoch, dass das römische Recht zwei Exzeptionen kannte, mit denen ein zweites Verfahren verhindert werden konnte: die *exceptio rei in iudicium deductae* und die *exceptio rei iudicatae*. Wie nun erklärt sich, dass die *exceptio rei iudicatae* einen eigenen Platz im Edikt erhalten hat? Ist sie neben der *exceptio rei in iudicium deductae* nicht überflüssig?

Man hat versucht, einen Ausweg aus diesem Dilemma zu finden, indem man annahm, die *exceptio rei iudicatae* sei anwendbar, wenn ein *Judex* in einem früheren Verfahren einen Fall entschieden hatte, der ihm nicht ausdrücklich in der Formel zur Entscheidung vorgelegt worden war. Eine solche Sache könne nicht als *in iudicium deducta* gelten, sei jedoch wegen der Entscheidung des *Judex* wohl als *res iudicata* zu bezeichnen. Diese Lösung erscheint mir eher scharfsinnig als richtig. Man muss nämlich bei dieser Interpretation der *exceptio rei iudicatae* von seltenen Fällen ausgehen; mir scheint jedoch, dass das nicht mit der Tatsache, dass das Edikt die *exceptio rei iudicatae* deutlich in den Vordergrund stellt, in Einklang zu bringen ist.

Merkwürdigerweise denkt man bei dem Begriff *res iudicata* in der *exceptio rei iudicatae* immer an einen vom *iudex privatus* entschiedenen Fall. Wäre es aber nicht möglich, dass man mit dem Terminus *res iudicata* ebenfalls die Fälle bezeichnete, in denen die Sache bereits *in iure* durch den Magistrat abgehandelt war? Voraussetzung hierfür ist, dass in einem Prozess ein *iudicatum* ergehen konnte, bevor die Parteien an den *Judex* verwiesen wurden. Es gibt diesen Fall tatsächlich: den mittels einer *confessio in iure* entschiedenen Prozess. Wenn der Beklagte, von dem man eine bestimmte Summe Geldes beanspruchte, sofort in

iure zugab, dass er diesen Betrag tatsächlich schuldig sei, beendete der Magistrat den Prozess durch ein Dekret, in dem die *confessio* für vollstreckbar erklärt wurde. Nach diesem Dekret war ein folgendes Verfahren in dem durch das Schuldeingeständnis beendeten Rechtsstreit ausgeschlossen. Nirgendwo in der römischen Rechtsliteratur findet man aber eine sich ausdrücklich auf die *confessio in iure* beziehende *exceptio*, um einen zweiten Prozess zu verhindern, was um so mehr verwundert, wenn man bedenkt, wie oft in der gleichen Literatur von der *exceptio iuris-iurandi* die Rede ist. Das Fehlen einer speziellen "*exceptio confessoria*" ist jedoch weniger erstaunlich als man zunächst glauben könnte: es gab nämlich sicher eine *exceptio* mit der ein folgender Prozess verhindert werden konnte, nur wurde sie nicht nach der *confessio* benannt. Es war - wie schon Giffard vermutete - die *exceptio rei iudicatae*! So zeigt sich, dass es sich bei dem Begriff *res iudicata* in der mehrfach erwähnten *exc. rei iudicatae* nicht unbedingt um einen durch einen *iudex privatus* entschiedenen Fall zu handeln braucht.

Meiner Meinung nach ist das entscheidende Kriterium für den Eintritt der Ausschlusswirkung das *ius dicere* des Magistrats. Dieses *ius dicere* hatte manchmal die Form des *iudicare iubere*, manchmal die Form des *iudicare* (siehe z.B. Cicero, de legg. 3,3,8). Mit dem zuerst genannten Rechtsprechungsakt war der Eintritt der Ausschlusswirkung verbunden. Warum sollte das nicht auch nach dem *iudicare* des Magistrats der Fall sein, z.B. wenn er *causa cognita* auf Grund des materiellen Streitverhältnisses eine *actio* abwies? Wäre es, anders gesagt, nicht möglich, dass die Ablehnung einer *actio* durch den Magistrat als *res iudicata* im Sinne der *exceptio rei iudicatae* betrachtet wurde?

Gegen diese Vermutung hat man verschiedene Einwände erhoben.

E. Imm. Bekker war der Ansicht, die *denegatio actionis* habe keine bindende Kraft gehabt, weil man - so glaubt er - nach einer Denegation zum zweiten Male über die gleiche Sache habe verhandeln können. Aber hier kann man einwenden, dass die bloße Feststellung, dass über eine Sache von neuem verhandelt werden konnte, an sich nicht ausschlaggebend zu sein braucht. Es geht nämlich vielmehr um die Frage, ob man mit Erfolg zum zweiten Male über die gleiche Angelegenheit verhandeln konnte.

Dies jedoch ist in dem einzigen Zitat, mit dem Bekker seine Auffassung belegt (Cicero, pro Flacco 21,50) nicht der Fall. Der Text lässt ausserdem verschiedene Interpretationen zu und ist deshalb als Unterstützung der Theorie Bekkers von geringem Wert.

M. Wlassak, der sich ausdrücklich zu Bekkers Auffassung bekannte, fügte noch ein eigenes Argument hinzu. Die *denegatio actionis* sei - so sagt er - "nur" eine sich auf das Imperium stützende Handlung gewesen, die die Rechte des Bürgers nicht beeinträchtigen konnte. Es sei "eine Vernichtung des Rechtsstaates", den amtlichen Bescheid (d.h. die *denegatio actionis*) für unwiderruflich zu erachten.

Noch abgesehen von der (sehr problematischen) Frage, ob man den römischen Staat als "Rechtsstaat", was das auch immer sein möge, bezeichnen kann, ist Wlassaks Theorie, dass "nur" auf dem Imperium beruhende Handlungen für den Magistrat (oder dessen Nachfolger) nicht verbindlich seien, unrichtig. Es gibt viele auf dem Imperium beruhende Handlungen, die unwiderruflich sind; man braucht nur an die im Rahmen der *iurisdictio voluntaria* verkündeten Dekrete des Magistrats zu denken. Bei näherer Betrachtung stellt sich heraus, dass Wlassaks Interpretation der *denegatio actionis* gänzlich von seinen Auffassungen über die Entstehung des Zivilprozesses und seiner damit eng zusammenhängenden Theorie über die *litis contestatio* beherrscht wird. Wlassak, der den Vertrag (die *litis contestatio*) zwischen den Parteien als auslösendes Moment für die Ausschlusswirkung betrachtete, konnte sie begreiflicher-

weise schlecht mit einem stand eine so wichtige Rolle. Ansichten über den historiks Sicht beschränkte sich handlung *in iure* auf die teilen. So kommt er zu dem weiter als die Weigerung zesses mitzuwirken. Diese *actionis* war zu Wlassaks vertreten. Bülow glaubte, d*iure* ausschliesslich über urteilt und habe die *dene* zessvoraussetzungen für n ausgedrückt, geweigert, am Bülow glaubte also wie Wl Ablehnung der Sachentsche die Beurteilung des mater lassen. Oft aber, so hat ma gistrat mehr als nur die sich mit der Frage, ob der ist. In solchen Fällen, so Frage gerechtfertigt, ob n Streitverhältnisses basie entstehen lässt.

Dies führt uns zu einem w der *denegatio actionis* fa Charakters. Man findet die denen der Magistrat die K man begegnet ihr aber auc voraussetzungen nicht erf dekret des Magistrats nic geführt zu werden, dass de spricht. Er weigert sich d Klägers zu stellen. Meiner dem Begriff des *denegare* wendet, zusammengefasst we er in diesem Zusammenhang Ausdruck *denegare actione* des Magistrats und bezeich halb nahe, anzunehmen, dass des materiellen Streitver als ein *iudicatum* bezeich Steht aber eine solche In im Widerspruch zur Termin *denegare actionem* in alle nicht eher schliessen, das *actionis* keine unterschiede Es handelt sich hier m.E. kleiner Vergleich mit dem nicht unbedingt richtig z niederländischen Prozesss (*denegare actionem*!) sowo natürlich eine Ausschluss sigkeit der Klage auf Gru materielle Streitverhältn Ausschlusswirkung verbun Rechtssprache mit dem sel

weise schlecht mit einem Dekret des Magistrats verbinden. Darüberhinaus stand eine so wichtige Rolle des Magistrats im Widerspruch zu seinen Ansichten über den historischen Ursprung des Zivilprozesses. In Wlassaks Sicht beschränkte sich die Funktion des Magistrats in der Verhandlung *in iure* auf die Vorbereitung der *litis contestatio* der Parteien. So kommt er zu dem Schluss, die *denegatio actionis* sei nichts weiter als die Weigerung des Magistrats, an der Vorbereitung des Prozesses mitzuwirken. Diese Ansichten über die Bedeutung der *denegatio actionis* war zu Wlassaks Zeiten nicht neu. Schon Oskar Bülow hat sie vertreten. Bülow glaubte, der Magistrat habe während der Verhandlung *in iure* ausschliesslich über die sogenannten Prozessvoraussetzungen geurteilt und habe die *denegatio actionis* benutzt, wenn er eine der Prozessvoraussetzungen für nicht erfüllt hielt. Er habe sich dann, anders ausgedrückt, geweigert, am Zustandekommen eines Prozesses mitzuwirken. Bülow glaubte also wie Wlassak, die *denegatio actionis* sei eine blosser Ablehnung der Sachentscheidung. Der Magistrat habe, folgert Bülow weiter, die Beurteilung des materiellen Streitverhältnisses dem Judex überlassen. Oft aber, so hat man Bülow mit Recht vorgehalten, prüft der Magistrat mehr als nur die Prozessvoraussetzungen und beschäftigt er sich mit der Frage, ob der Anspruch des Klägers materiell begründet ist. In solchen Fällen, so lautet eine Reaktion auf Bülows Buch, ist die Frage gerechtfertigt, ob nicht die sich auf die Prüfung des materiellen Streitverhältnisses basierende *denegatio actionis* eine *res iudicata* entstehen lässt.

Dies führt uns zu einem wichtigen Punkt. Unter der gemeinsamen Flagge der *denegatio actionis* fahren nämlich Dekrete sehr unterschiedlichen Charakters. Man findet die Bezeichnung *denegare actionem* in Fällen, in denen der Magistrat die Klage aus materiellrechtlichen Gründen abweist; man begegnet ihr aber auch in Situationen, in denen eine der Prozessvoraussetzungen nicht erfüllt ist, z.B. wenn der Kläger einem Prozessdekret des Magistrats nicht Folge leistet. Es braucht nicht näher ausgeführt zu werden, dass der Magistrat in solchen Fällen kein Recht spricht. Er weigert sich dann, seine *iurisdictio* in den Dienst des Klägers zu stellen. Meiner Auffassung nach können all diese Fälle unter dem Begriff des *denegare iurisdictionem*, den Ulpian in D.4,6,26 verwendet, zusammengefasst werden. Ulpian reserviert im selben Text - weil er in diesem Zusammenhang gezwungen war, sich genau auszudrücken - den Ausdruck *denegare actionem* für die *causa cognita* gefällte Entscheidung des Magistrats und bezeichnet nur diese als *ius dicere*. Es liegt deshalb nahe, anzunehmen, dass nur der *causa cognita* (d.h. nach Prüfung des materiellen Streitverhältnisses) gefällte Spruch des Magistrats als ein *iudicatum* bezeichnet wurde.

Steht aber eine solche Interpretation, so könnte man einwenden, nicht im Widerspruch zur Terminologie der Quellen, in denen die Bezeichnung *denegare actionem* in allen möglichen Fällen vorkommt? Kann man daraus nicht eher schliessen, dass mit den verschiedenen Arten der *denegatio actionis* keine unterschiedlichen Konsequenzen verbunden waren? Es handelt sich hier m.E. um ein philologisches Argument, und ein kleiner Vergleich mit dem heutigen Sprachgebrauch zeigt, dass dies nicht unbedingt richtig zu sein braucht. So versteht man im modernen niederländischen Prozessrecht unter dem Ausdruck "afwijzen van de eis" (*denegare actionem*!) sowohl die eigentliche Abweisung der Klage (die natürlich eine Ausschlusswirkung zu Folge hat), als auch die Unzulässigkeit der Klage auf Grund von Erwägungen, die sich nicht auf das materielle Streitverhältnis stützen und mit der im Prinzip keine Ausschlusswirkung verbunden ist. Dieses Beispiel zeigt, dass man in der Rechtssprache mit dem selben Begriff Entscheidungen mit verschiedenen

rechtlichen Konsequenzen bezeichnen kann, wenn keine näheren Angaben nötig sind (wie z.B. in D.4,6,26). Die Wortwahl der römischen Juristen braucht also nicht unbedingt zu dem Schluss zu führen, dass die *denegatio actionis* immer die gleichen Rechtsfolgen (d.h. keine) nach sich zog. Uebrigens hat Wlassak das auch keineswegs in seine Argumentation bezogen. Er beruft sich auf den jährlichen Amtswechsel der Magistraten und folgert daraus, dass die lediglich auf dem Imperium beruhenden Entscheidungen eines Magistrats die Amtsnachfolger nicht gebunden hätten. Diese Folgerung halte ich jedoch für falsch. Die Römer sahen in dem jährlichen Amtswechsel der Magistraten nur eine Institution, die der Tyrannei eines lebenslänglich regierenden *rex* entgegenwirkte, sie haben jedoch niemals die Konsequenz daraus gezogen, dass die auf Grund des Imperiums vollzogenen Rechtsprechungsakte keine bleibenden Rechtsfolgen gehabt hätten. Weiter beruft Wlassak sich auf eine Anzahl von Texten (D.5,1,58; 5,1,12 pr.; 39,1,16; 42,1,14 und Cicero, in Verrem II 1, 46, 120), die beweisen sollen, dass die *denegatio actionis* weder für den Magistrat, der sie ausgesprochen hatte, noch für seinen Amtsnachfolger ein Hindernis gewesen sei, den Fall von neuem in Behandlung zu nehmen. Keine dieser Stellen bezieht sich jedoch auf die *denegatio actionis*, und sie eignen sich darüberhinaus keineswegs zum Beweis der Theorie Wlassaks. Das gleiche gilt für eine Anzahl anderer Textstellen in den Digesten (D.4,6,26,4-6; 14,6,1,1; 37,6,1,10; 32,19; 29,2,69), mit denen man ebenfalls versucht hat, diese Theorie zu verteidigen, obwohl man schliesslich zugeben musste, dass die Behauptung, die *denegatio actionis* sei nicht rechtskräftig gewesen, mit den Quellen nicht bewiesen werden konnte.

Der einzige "moderne" Romanist, der die Meinung vertrat, die *denegatio actionis* habe ausschliessende Wirkung gehabt (Naber), zog hauptsächlich den Auctor ad Herennium (2,13,19) zum Beweis heran. Tatsächlich lässt diese Stelle keinen Zweifel an der Bedeutung der *denegatio actionis* zu: sie wird mit der freisprechenden *sententia iudicis* gleichgestellt. Dieser Text bezeichnet jedoch nicht nur die *denegatio actionis*, sondern ebenfalls die positive Entscheidung des Magistrats über die *formula danda* als ein *iudicatum*. Wlassak folgert nun, die römischen Juristen hätten die zuletztgenannte Entscheidung niemals als ein *iudicatum* qualifiziert, und darum sei der Tatsache, dass der Auctor ad Herennium die *denegatio actionis* als *iudicatum* bezeichnet, auch keine allzu grosse Bedeutung beizumessen.

Wlassak hat bekanntlich bestritten, dass die Verhandlung *in iure*, wenn man die Parteien an den Judex weiterverwies, mit einem Dekret *IUDICIUM DO* des Magistrats abgeschlossen wurde; dieses Dekret sei nämlich schon vor der *litis contestatio* der Parteien ergangen. Die meisten modernen Autoren sind jedoch anderer Auffassung, und ich kann mich ihnen nur anschliessen. Die Verhandlung *in iure* wurde also mit dem Dekret *IUDICIUM DO* abgeschlossen, dem logischerweise ein praktisch gleichzeitiges *iussum iudicandi* folgte. Wlassak sprach dem Dekret *IUDICIUM DO* jegliche konstitutive Wirkung ab, was aus seiner Sicht (nämlich die Reihenfolge *IUDICIUM DO* - *litis contestatio* - *iussum iudicandi*) verständlich ist. Ich bin jedoch anderer Meinung. Man kann nämlich kaum bestreiten, dass das Dekret, mit dem der Magistrat die Verhandlung *in iure* abschloss und die Parteien an den Judex verwies, ein konstitutives Element enthielt. Ich brauche in diesem Zusammenhang nur auf die Bedeutung dieses Dekrets bei den sogenannten *actiones in factum decretales* hinzuweisen. Meiner Ueberzeugung nach kann man sogar so weit gehen, das abschliessende Dekret, das die Prozessgegner an den Judex verwies, als ein "*iudicatum de formula danda*" zu bezeichnen. Die Parteien waren nämlich an den Wortlaut der durch den Magistrat definitiv aufgestell-

ten Formel gebunden, während abweichen durfte, wenn das konnte also durch den von liche Verhältnis zwischen eine Verurteilung oder ein In Cicero's oratio pro Tul für die Verbitterung der Ich nehme also, wie inzwis sak keinen Anstoss an der positive Entscheidung des *catum* nennt, und halte dies dafür, dass die Römer der chen rechtlichen Folgen zu tenz des Judex verbunden v mehreren anderen Stellen tentiae 5,5^a, 1) unterbauen den Argumente.

In den Digesten findet man oft abwechselnd mit Formul den Judex die Rede ist. Man in denen die oben zitierte lichkeit nicht eine *denegatio absolutio* durch den Judex in vielen Fällen mittels anders ausdrücken: der Aus seien öfters im übertragen natürlich eine Anzahl von cherheit durch den Magistr keinen Unterschied zwische übertragenen Sinne) und de streng technischen Bedeut den Schluss gezogen, dass die *absolutio* des Judex a rechtlichen Konsequenzen der Prätor in seinem Edikt *Datur* die früher im Edikt Exzeptionen zurückkern l ich zeigen, dass ihm zum Verfügung standen: die *dratio* mit einer eingefügten ob der Beklagte durch die wurde. Es ist deshalb unlop nem im übertragenen Sinne *ceptio* stattfinden konnte negation im eigentlichen wie folgt: *apparet tamen gationem excludi!* Man hat oft angenommen, da entschieden, ob der *denegatio* der Vorzug gegeben wu jedoch zu einem Paradox, w Rechtsfolgen zuschreibt a nämlich davon ausgeht, dass schlusswirkung verbunden ben, dass "der Kläger bei verborgenem Unrecht". Ein Schluss, dass der Beklagte

ten Formel gebunden, während auch der Judex nicht vom Inhalt der Formel abweichen durfte, wenn das Urteil rechtsgültig sein sollte. Der Magistrat konnte also durch den von ihm festgestellten Text der Formel das rechtliche Verhältnis zwischen den Parteien auf solche Weise festlegen, dass eine Verurteilung oder eine Freisprechung praktisch unumgänglich war. In Cicero's oratio pro Tullio findet man ein überzeugendes Beispiel für die Verbitterung der auf diese Weise ins Nachteil gesetzten Partei. Ich nehme also, wie inzwischen deutlich sein wird, im Gegensatz zu Wlassak keinen Anstoß an der Tatsache, dass der Auctor ad Herennium die positive Entscheidung des Magistrats über die *formula danda* ein *iudicatum* nennt, und halte diese Mitteilung für einen deutlichen Hinweis dafür, dass die Römer der *denegatio actionis* des Magistrats die gleichen rechtlichen Folgen zuerkannten, die mit der freisprechenden Sentenz des Judex verbunden waren. Diese Auffassung lässt sich noch mit mehreren anderen Stellen (Quintilianus, Inst. Or. 5, 2, 5 und Pauli Sententiae 5, 5^a, 1) unterbauen; wichtiger jedoch erscheinen mir die folgenden Argumente.

In den Digesten findet man Ausdrücke wie *actio non datur, denegatur* usw. oft abwechselnd mit Formulierungen, in denen von einer *absolutio* durch den Judex die Rede ist. Man hat hieraus gefolgert, dass in vielen Fällen, in denen die oben zitierten Ausdrücke verwendet worden seien, in Wirklichkeit nicht eine *denegatio actionis* des Magistrats, sondern eine *absolutio* durch den Judex gemeint sei. Die *denegatio* sei, anders gesagt, in vielen Fällen mittels einer *exceptio* erfolgt. Man kann es auch noch anders ausdrücken: der Ausdruck *denegare actionem* (und seine Synonyme) seien öfters im übertragenen Sinne verwendet worden. Daneben bleibt natürlich eine Anzahl von Fällen übrig, in denen die *denegatio* mit Sicherheit durch den Magistrat selbst erfolgte. Die Römer machten also keinen Unterschied zwischen dem Unterliegen im Prozess (*denegare* im übertragenen Sinne) und dem Spruch des Magistrats (*denegare* in seiner streng technischen Bedeutung). Seltsamerweise hat man daraus aber nie den Schluss gezogen, dass die *denegatio actionis* des Magistrats und die *absolutio* des Judex auswechselbar sind und also auch die gleichen rechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen. Dies ist der Grund, warum der Prätor in seinem Edikt unter der Rubrik *Quarum Rerum Actio Non Datur* die früher im Edikt angekündigten Denegationen in der Form von Exzeptionen zurückkern lässt. Er wollte damit wohl den Bürgern deutlich zeigen, dass ihm zum Schutze des Beklagten zwei Rechtsmittel zur Verfügung standen: die *denegatio* der *actio* und die Erteilung der *actio* mit einer eingefügten *exceptio*. Es machte anscheinend nichts aus, ob der Beklagte durch die Denegation oder durch die *exceptio* geschützt wurde. Es ist deshalb unlogisch, wenn man dem Ausdruck *denegare actionem* im übertragenen Sinne (d. h. der Denegation, die mittels einer *exceptio* stattfinden konnte) andere Rechtsfolgen zuschreibt als der Denegation im eigentlichen Sinne. Naber kennzeichnet diesen Widerspruch wie folgt: *apparet tamen non posse denegationis conceptu ipsam denegationem excludi!*

Man hat oft angenommen, dass "prozessökonomische" Erwägungen darüber entschieden, ob der *denegatio actionis* oder der Erteilung einer *exceptio* der Vorzug gegeben wurde. Diese Annahme mag richtig sein, sie führt jedoch zu einem Paradox, wenn man der Denegation des Magistrats andere Rechtsfolgen zuschreibt als der *absolutio* durch den Judex. Wenn man nämlich davon ausgeht, dass mit der *denegatio actionis* keine Ausschlusswirkung verbunden war, ist man (wie Mewaldt) gezwungen, zuzugeben, dass "der Kläger bei liquidem Unrecht besser daran (war) als bei verborgenem Unrecht". Ein solcher Standpunkt führt leicht zu dem Schluss, dass der Beklagte überhaupt keinen Vorteil von der Denegation

hatte. Man hat sogar die - fast absurde - Annahme vertreten, dass vor allem der Beklagte sich habe bemühen müssen, um einen Prozess *apud iudicem* zustande zu bringen, falls der Magistrat die Aktion ablehnen wollte, weil ihm der Anspruch des Klägers nicht begründet erschien! Es braucht wohl nicht ausgeführt zu werden, dass in den Quellen keine Spur von solchen Bestrebungen des Beklagten zu finden ist. Ich bin nach wie vor davon überzeugt, dass die auf Grund des materiellen Streitverhältnisses ausgesprochene *denegatio actionis* rechtliche Folgen hatte, nämlich eine Ausschlusswirkung auf Grund der Regel "*bis de eadem re ne sit actio*". Es stand dem Magistrat also frei, die Verhandlung *in iure* mit einer rechtskräftigen Freisprechung zu beenden. Wie ist das nun mit der für den Formularprozess überlieferten Zweiteilung des Prozesses in ein Verfahren *apud magistratum* und ein Verfahren *apud iudicem* zu vereinbaren? Man kann die Frage auch anders stellen: wenn es dem Magistrat frei stand, *in iure* ein abweisendes Urteil zu fällen, warum fällte er dann niemals eine verurteilende Entscheidung?

Meiner Meinung nach liegt die Erklärung dieser Erscheinung in der Tatsache, dass eine Verurteilung durch den Magistrat zu einer auf dem Imperium beruhenden Vollstreckung geführt hätte, gegen die man bei den Volkstribunen erfolgreich appellieren konnte. Dem Imperium des Magistrats hatte man nämlich die *auxilii latio* der Tribunen entgegengesetzt. Gegen die Vollstreckung *sententia iudicis* gab es jedoch kein erfolgreiches Rechtsmittel. Der Spruch des *iudex privatus* garantierte deshalb eine unangreifbare Exekution. Das muss der Grund dafür gewesen sein, dass der Magistrat niemals eine verurteilende Entscheidung fällte und dass der Kläger, der schliesslich nur an einer unanfechtbaren Exekution interessiert war, den Magistrat nur um eine Erteilung eines *iudicium* (d.h. eines Judex) und nie um eine definitive Entscheidung zu seinen Gunsten ersuchte. An dieser war ihm nämlich wenig gelegen, da er keine Sicherheit hatte, ob die auf Grund dieses Urteil vorgenommene Exekution nicht auf dem Wege der Appellation angefochten werden würde.

Der Grund für die Zweiteilung des zivilrechtlichen Verfahrens liegt also in dem Umstand, dass der Magistrat nur *e sententia iudicis* vollstreckte. Dies hatte zur Folge, dass sich eine ungeschriebene prozessrechtliche Regel entwickelte, nach der der Magistrat verpflichtet war, die Parteien im Falle einer bevorstehenden Verurteilung an den Judex zu verweisen. In diesen Rahmen gehört auch Cicero's rhetorische Frage: *Quid? Praetor solet iudicare debere?* (Ep. ad Quintum fr. I 2,3,10). Nirgends in den Quellen findet man Hinweise auf eine allgemeine Vorschrift, die den Magistrat verpflichtet hätte, das Urteil dem Judex zu überlassen, ungeachtet der Frage, ob eine freisprechende oder eine verurteilende Entscheidung zu erwarten war.

Es zeigt sich nun, dass die obigen Ausführungen zu einem Ergebnis führen, das Parallelen zu Kunkels Auffassungen über das vor-Sullanische römische Strafprozessrecht aufweist. Kunkel hat nämlich bewiesen, dass früher das Konsilium des Magistrats - und nicht der Magistrat selbst - das Urteil im Strafprozess fällte. Interessant ist in diesem Zusammenhang seine Schlussfolgerung, dass der Magistrat die Entscheidung über die Schuldfrage seinem Konsilium überliess, weil er nur auf Grund einer *sententia* des Konsiliums vollstrecken konnte. Ich hoffe gezeigt zu haben, dass in zivilrechtlichen Fällen ähnlich verfahren wurde: der Magistrat verwies die Parteien im Falle einer Verurteilung an den Judex, weil nur auf Grund einer *sententia iudicis* vollstreckt werden konnte.

Was bedeutet das nun für die *denegatio actionis*?

Der Magistrat sprach, wie aus. Er konnte jedoch den Appellation befürchten zu den *mos maiorum* zu verletzen ohne eine vorhergegangene. Eine *denegatio actio* Judex, keine weiteren Massgistrat, so könnte man sagen, dass er nicht vollstreckte keine Interzession. Die In - kann nämlich nur gegen richtet sein, niemals jedo hemmende Wirkung hat, wie Bei einem freisprechenden Magistrat keinen Anlass, d Anspruch des Klägers für *iudicatio* ungehindert aus fürchten zu müssen. Gegen mittel, und es liegt kein scheidung habe keine rech

Der Magistrat sprach, wie wir gesehen haben, niemals eine Verurteilung aus. Er konnte jedoch den Beklagten freisprechen, ohne eine erfolgreiche Appellation befürchten zu müssen. Ausserdem konnte er freisprechen, ohne den *mos maiorum* zu verletzen. Dieser nämlich besagte nur, dass gegen niemanden ohne eine vorhergehende *sententia iudicis* vollstreckt werden konnte. Eine *denegatio actionis* zog, wie die freisprechende Sentenz des Judex, keine weiteren Massnahmen seitens der Behörden nach sich. Der Magistrat, so könnte man sagen, gab mittels einer Denegation zu erkennen, dass er nicht vollstrecken wollte. Gegen diese Entscheidung nun gab es keine Interzession. Die Interzession - vor allem die der Volkstribunen - kann nämlich nur gegen eine positive Handlung des Magistrats gerichtet sein, niemals jedoch gegen eine Handlung, die an sich schon eine hemmende Wirkung hat, wie das bei der *denegatio actionis* der Fall ist. Bei einem freisprechenden Urteil (der *denegatio actionis*) hatte der Magistrat keinen Anlass, den Fall einem Judex zu übergeben. Wenn er den Anspruch des Klägers für unbegründet hielt, konnte er deshalb seine *iudicatio* ungehindert ausüben, ohne eine erfolgreiche Kassation befürchten zu müssen. Gegen die *denegatio actionis* gab es kein Rechtsmittel, und es liegt kein Grund zu der Annahme vor, eine solche Entscheidung habe keine rechtlichen Folgen gehabt.